XVI.

Erfahrungen über die Wirksamkeit der hannoverschen Bürgerlichen Proceßordnung vom 8. November 1850.

Von
Herrn Dr. **Heinrich Albert Oppermann,**
Obergerichtsanwalt in Nienburg.

Der Aufforderung der verehrlichen Redaction dieser Blätter, eine möglichst in die Einzelnheiten eingehende Schilderung der praktischen Wirksamkeit der königl. hannoverschen Civilproceßordnung habe ich um so weniger widerstehen können, als in neuerer Zeit wieder mehrfach Bedenken gegen das mündliche Verfahren im bürgerlichen Processe laut geworden sind, als man hier den Rath ertheilt, Alles beim Alten zu lassen, dort gar zu einem inquisitorischen Verfahren vor Einzelrichtern zurückkehren will, und selbst in unserm Lande sich eine Stimme, noch dazu die eines Obergerichts-Directors, erhoben hat, welche zwar nicht gänzlich zum Alten zurückkehren möchte, aber doch einem schriftlichen Verfahren mit mündlicher Schlußverhandlung den Vorzug gibt.

Ich habe es für meine heilige Pflicht gehalten, Vorurtheile gegen die Unmittelbarkeit des Verfahrens im bürgerlichen Processe, die ich selbst vom sogenannten practischen Gesichtspunkte aus lange getheilt, gegenwärtig, da ich mich eines Bessern überzeugt, eben von diesem Standpunkte zu widerlegen und zu bekämpfen. Dazu möchte ich geeigneter als manche meiner Freunde sein, da ich keine Voreingenommenheit für das gegenwärtige Verfahren an den Tag gelegt und meine ständische Wirksamkeit bei Berathung dieses Gesetzes, wie überall die ständische Wirksamkeit, zu unbedeutend war, als daß ich daher eine besondere Vorliebe geschöpft hätte.

Im Gegentheil habe ich zu den wenigen Advocaten im Hannoverschen gehört, die, als 1846 und 1847 der Ruf nach Oeffentlichkeit und Mündlichkeit auch im Civilproceß allgemeiner wurde, als Advocatenvereine in dieser Beziehung an Regierung und Stände petitionirten und politische Zeitungen gegen die Heimlichkeit im bürgerlichen Processe mit Leidenschaftlichkeit eiferten, nicht in den Chorus einstimmten, sondern ich habe meine erheblichen Zweifel laut werden lassen.

Daß im Strafverfahren in der Mündlichkeit das einzige Heil zu finden sei, das stand lange bei mir fest, obgleich Anton Bauer mich immer das Gegentheil gelehrt hatte; dagegen glaubte ich, Schriftlichkeit sei ohne Aufgeben der Gründlichkeit nicht zu entbehren, und von der Oeffentlichkeit im Civilproceß versprach ich mir nur Erfolg bei Zeugenabhörungen.

Es gehörte damals in der That einiger Muth dazu, gegen den allgemeinen Strom zu schwimmen und der Schriftlichkeit des Verfahrens das Wort zu reden, zumal Literaten, die vom Processe nicht das Allermindeste verstanden, wohl aber die politische Bedeutung des Grundsatzes der Oeffentlichkeit auffaßten, die lautesten Schreier waren, und habe ich von meinen politischen Freunden, als das Prinzip der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit bei uns verfassungsmäßig feststand, manchen Vorwurf deßhalb hören müssen.

Allein ich hatte vom mündlichen Verfahren durchaus keinen richtigen Begriff; Alles was ich in dieser Beziehung gesehen und gehört, beschränkte sich auf einige Sitzungen des Handelsgerichts in Hamburg. Allein gerade die Schnelligkeit, mit der hier die Entscheidungen erfolgten, hatten in mir bedeutende Zweifel gegen die Gründlichkeit der richterlichen Erwägung rege gemacht. Ich wußte nicht, welcher Art die Richter vorbereitet waren, und zweifle nicht, daß wenn ein Anhänger des schriftlichen Verfahrens in eine Sitzung der Kleinen- oder Berufungssenate unserer Oberge-

richte käme und das bloße Plaidoyer und die Urtheilsfällung anhörte, ohne das vorbereitende schriftliche Verfahren zu kennen, leicht zu ähnlichem Bedenken kommen könnte.

Meine Ansicht von der Vorzüglichkeit des schriftlichen Verfahrens, vorausgesetzt, daß bei demselben etwa diejenigen Modificationen eingeführt würden, welche die Hannoversche Proceßordnung von 1847 bot, also namentlich die Beschränkungen der Berufungen durch das System der vorbehaltenen Berufungen, die Beschränkungen der Restitutionen, die Gegenwart der Anwälte bei der Zeugenvernehmung und mündliche Schlußverhandlungen ꝛc., sprach ich daher nicht nur in der deutschen Anwaltsversammlung in Dresden 1846, sondern auch in mehrfachen gedruckten Aufsätzen aus.

Als der Entwurf der allgem. Bürg. P. O. für das Königreich Hannover der elften allgem. Ständeversammlung mittelst Schreibens vom 14 Januar 1850 vorgelegt wurde, übergab man von Seiten dieser denselben, so wie die einschlagenden Gesetze über Organisation der Gerichte, die Strafproceßordnung u s. w. einem ständischen Ausschusse, aus vierzehn Personen bestehend, kurzhin „Justizausschuß" genannt, dem anzugehören ich nicht die Ehre hatte. Die Ständeversammlung in jener langdauernden Diät, mit einer sehr großen Zahl legislatorischer Geschäfte überhäuft, verließ sich größtentheils auf diesen Justizausschuß, und da man mit den Prinzipien der Mündlichkeit und Oeffentlichkeit übereinstimmte, so kamen eigentlich nur wenig Fragen zur Discussion. Justiz-Ausschuß und Ständeversammlung gingen vielmehr von der Ansicht aus, daß man bei einem solchen, aus einem Gusse gearbeiteten Werke so wenig wie möglich ändern müsse, und waren die ständischen Abänderungen daher, und weil sich die P. O. rücksichtlich des materiellen Proceßrechts im Wesentlichen der erst kurz vorher gründlich geprüften P. O. von 1847 anschloß, auch nur von einer verhältnißmäßig

geringen Bedeutung. Da wo dieselben sich von Bedeutung erwiesen, z. B. hinsichtlich der Competenz der Amtsgerichte, ist dann durch den ständischen Beschluß, welcher diese Competenz erweiterte (weil sich die Bauern davon größere Bequemlichkeit versprachen), in der That nicht einmal genützt.

Die Tragweite einzelner Bestimmungen des Gesetzes, z. B. des §. 423, welcher dem Berufungsgerichte die Befugniß gibt, über jeden zu seiner Beurtheilung erwachsenen Streitpunkt nach Anordnung und Durchführung eines etwa erforderlichen Beweisverfahrens endlich zu entscheiden, ist, wo nicht von dem Ausschusse, jedenfalls von den Ständen nicht gehörig gewürdigt, denn ich zweifle sehr, daß diese eingewilligt haben würden, hätten sie gewußt, daß durch die Bestimmung in sehr vielen Fällen den Recht suchenden Parteien selbst die zweite Instanz abgeschnitten wird.

Die Hast, die neuen Organisationen so bald wie möglich in's Leben geführt zu sehen, war so groß, daß es den Einzelnen unmöglich war, und hätte er die erheblichsten Bedenken gehabt, mit Anträgen durchzukommen. Die ständische Berathung war daher größtentheils eine rein formelle.

Diese Vorbemerkungen habe ich geglaubt voraussenden zu müssen, wenn ich im Folgenden meine Ansicht über den praktischen Werth und die praktische Wirksamkeit der Hannoverschen Civil-Proceßgesetzgebung darlegen will.

Ich setze voraus, daß die Leser dieser Blätter aus der Relation, welche Mittermaier im Bande 33. S. 121 ff dieses Archivs gegeben, nicht nur die Organisation unserer Gerichte, sondern die Prinzipien und hauptsächlichsten Einrichtungen, auf welche das neue Verfahren basirt, kennen, und verweise auf die Regierungs-Motive hinsichtlich der Grundprinzipien des Gesetzes, welche sowohl in der von Leonhard, als in der von mir besorgten Ausgabe des Gesetzes vorangedruckt sind und die einzelnen §§ in jedem Abschnitte begleiten.

Es ist bekannt, daß der größte Theil der Angestellten, sowohl in den obern als untern Regionen, den seit 1848 projectirten neuen Justiz- und Verwaltungsorganisationen entschieden ungünstig, ja feindselig war.

Verschiedene Gründe wirkten dazu mit, zunächst ein politischer; nicht Wenige konnten es den Justiz-Reformen vergeben, daß sie der Bewegung von 1848 ihren Ursprung verdankten; Andere haßten dieselben schon darum, weil sie ihre Hauptgrundsätze von den Franzosen entlehnt hatten. Noch Andere waren Gegner, weil die neuen Organisationen das Budget nicht unerheblich beschwerten, die Staatsdienerschaft mit einer untern Dienerschaft, den Actuaren, vermehrte, die, unzureichend besoldet, entweder eine große Masse Unzufriedener bildeten, oder bei Gehaltserhöhungen das Budget noch stärker bedrückten. Die Gewohnheit und Liebe zum Alten und die Scheu vor jeder Neuerung war bei allen Denen am stärksten, welche ihre Amtsthätigkeit mehr auf Routine als wissenschaftliche Durchbildung gründeten, welche weniger innerer Beruf, als die Sorge um eine sichernde auskommliche Stellung in die „Beamtencarriere" getrieben hatte.

Dazu kam eine ins unglaublich gehende Unkenntniß der neuen Gesetzgebung. Die politische Krise, in der sich Hannover befand, die verschiedenen Ministerwechsel, der Tod des Königs Ernst August, hatten in allen Gegnern der neueren Organisationen die Hoffnung erweckt, daß aus dem ganzen Dinge nichts werde, und man hörte hundertfach aussprechen, es sei der größte Luxus, die dicken Gesetze zu studiren, die freilich in der Gesetzsammlung ständen, die aber wohl nie ins Leben treten würden.

In der That wurde die Proceßgesetzgebung u. s. w. mit wenig Ausnahme nur von den jüngern Juristen und Anhängern des neuen Verfahrens, namentlich den künftigen Präsidenten u. s. w., studirt, nur von diesen genau gekannt. Selbst als das Gesetz vom 4. Mai 1852, die Uebergangsbestimmungen betreffend, den 1. Oktober 1852,

als den Tag der ins Lebentretung der neuen Organisationen festgesetzt hatte, zweifelten noch Viele an der wirklichen Inslebenführung; die Ungläubigsten glaubten nicht früher an die Wahrheit, als bis im August endlich die Behördeneinrichtungen getroffen und die Ernennungen erfolgt waren.

Diese Unkunde der neuen Gesetzgebung selbst bei denen, die ihrem Berufe nach Kenntniß hätten haben müssen, war denn kein geringer Feind der Neuerung. Dazu kam bei den Schwachen noch die Scheu vor der Oeffentlichkeit im Gefühl ihrer eigenen Schwäche.

Die mannichfachsten persönlichen Motive wirkten mit, als die Furcht, dem liebgewordenen Lebenskreise durch Versetzung entrissen zu werden, der Neid oder ein Gefühl von zu erduldendem Unrecht wegen der Einschiebung einer großen Menge städtischer Richter und Communalbeamter, so wie einiger Advocaten in die Richtercarriere; bei Advocaten die nur zu häufig gerechte Besorgniß, durch die neuen Einrichtungen der nothwendigsten Einnahmen zum Lebensunterhalt beraubt zu werden u. s. w.

Dazu kamen endlich die wissenschaftlichen Bedenken, die Furcht vor Ungründlichkeit, die selbst bei denen, welche im Ganzen für das neue Verfahren waren, nicht ganz gehoben wurden, da sich ja vielfach Dinge, die sich auf dem Papier recht gut ausnehmen, im Gebrauch höchst unpraktisch, hie und da mangelhaft zeigen.

Wenn sich nun alle diese ungünstigen Gesinnungen, dieser Haß, diese Bedenken nach kaum zwei Jahren in das Gegentheil verwandelt haben, so ist das, glaube ich, das beste Zeichen für die große Brauchbarkeit der neuen Organisation. So ist es aber in unserem Lande geschehen, namentlich geschehen in Beziehung auf die Gerichtsorganisation und das mündlich öffentliche Proceßverfahren, sowohl in Straffachen als bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten. Ja man kann mit Wahrheit sagen, daß selten, oder **nie** ein Gesetz in so kurzer Zeit die früheren Gegner desselben

bekehrt, und sich die Achtung und Anerkennung seiner Feinde zu verschaffen gewußt, als die neue Proceßordnung. Unter den Mitgliedern des höchsten Gerichtshofes zu Celle sollen vor Einführung der C. P. O. beinah $^{2}/_{3}$ Gegner des Gesetzes gewesen sein, und dasselbe für ein Unglück angesehen haben. Gegenwärtig hat man sich allgemein damit befreundet und soll sich kein Mitglied dieses Gerichts ferner dagegen erklären, sondern einige der älteren Herren sollen die eifrigsten Lobredner geworden sein.

Es ließen sich eine große Menge Beispiele anführen, wo aus Saulus, in Beziehung auf das neue Verfahren, ein Paulus geworden. Ich will nur wenige anführen: der jetzige Justiz-Minister Busch, bisher Obergerichts-Director zu Goslar, hatte vor ins Lebenführung des neuen Verfahrens große Bedenken wegen Gründlichkeit der Urtheilsfällung; er hat sie nach sehr kurzer Zeit fallen lassen.

Der Obergerichts-Director Maier zu Osnabrück war vor dem 1. October 1852 ein durchaus entschiedener Gegner des neuen Verfahrens. Er hat sich nunmehr von den Vorzügen desselben so sehr überzeugt, daß er ein Promemoria darüber an das Justiz-Ministerium hat gelangen lassen.

Von Amtsrichtern könnte ich eine große Zahl nennen, mit denen derselbe Wechsel vor sich gegangen, eben so ist es mit dem Anwaltsstande. Eine nicht geringe Anzahl Advocaten haben durch das neue Verfahren den größten Theil, viele beinahe die ganze Praxis verloren. Das neue Verfahren hat für den Anwalt, auf den es die meiste Last ladet, viel Unbequemes und etwas ungemein Angreifendes und Aufreibendes; an die Stelle des gemüthlichen Arbeitens mit Schlafrock, Pantoffeln und langer Pfeife ist die mündliche Verhandlung getreten, welche nicht nur gewöhnliche Redegabe, Geistesgegenwart, sondern auch genaue Kenntniß des Rechts, Gedächtniß für vielfach verwickelte Thatsachen erfordert. Die Vorbereitung ist unend-

lich viel schwieriger geworden. Dennoch stimmen alle Anwälte und Advocaten darin überein, daß das neue Verfahren eine viel sicherere Gewähr für das materielle Recht darbiete als das schriftliche Verfahren.

In keinem Landestheile waren Juristen, Anwälte, Amtsrichter und Justiz-Räthe dem neuen Verfahren so entschieden feindselig, als in Ostfriesland. Auch dort hat die Praxis versöhnend gewirkt, und während man hauptsächlich das Institut der Einzelrichter dort angriff, hat es sich herausgestellt, daß man jetzt durch Prorogation die wichtigsten, dem Gesetze nach vor die Obergerichte gehörenden Rechtsstreitigkeiten dem Oberrichter in erster Instanz entzieht, und dem Einzelrichter angeht, unbekümmert, ob man dadurch in der Berufungsinstanz, den kleinen Senat des Obergerichts zu Aurich statt des Ober-Appellationsgerichts in Celle zum entscheidenden Richter bekommt.

Unter allen Juristen unseres Landes hat denn auch nur einer gewagt, das neue Verfahren anzugreifen, das ist der Herr Obergerichts-Director Staatsrath von Bothmer in Celle, unter dem Ministerium Scheele hannoverscher Bundestagsgesandter in Frankfurt. Derselbe hat Hefte Fragmente zur bürgerl. Proc. Ord. herausgegeben. Herr v. Bothmer, ein Führer der hannov. Ritterparthei, ist dem neuen Verfahren, welches sein Leben den Verfassungsänderungen von 1848 verdankt, Feind; er hat diese Feindschaft bei seiner Einführung als Ober-Gerichts-Director schon manifestirt, und hat in derselben beharrt. Der wahre Grund seiner Feindseligkeit tritt aber in den fragl. Schriften nicht evident hervor, er ist nur zwischen den Zeilen zu lesen.

Der Grund dieser Feindschaft ist ein politischer. Herr v. Bothmer ist Conservativer, „ein Gegner alles Erfindens und Neuschaffens bei staatlichen und bürgerlichen Zuständen", er will vielmehr „Befestigung und, wo es Noth thut, Besserung des Bestehenden, immer nur an der Hand der Erfahrung."

Daraus mag sich denn schon eine prinzipielle Voreingnommenheit erklären.

Herr v. Bothmer ist einer von denjenigen, welche in vielleicht naher Zeit die Nothwendigkeit außergewöhnlicher Anstrengungen für Hannover und für Deutschland fürchten, und um diese (hauptsächlich wohl für das tapfere Kriegsheer und für Diplomaten) machen zu können, eine Beschränkung des Aufwandes für innere Staatsverwaltung fordert. Da richtet er denn seine Augen zunächst auf die Justiz; und da der Druck, den die neue Gerichtsorganisation auf die Finanzen des Königreichs ausübe, ein Sprichwort der Ritterparthei überhaupt geworden ist, mit dem sie schon unter Ernst August gegen die Einführung der Organisationen kämpfte, so sind hier Ersparungen nöthig und zu dem Endzwecke tiefgehende Veränderungen vorzunehmen.

Nichts ist daher natürlicher, als daß die neuen Gesetze mangelhaft sein müssen, weil man sonst zu dem, was am Schluß des ersten Heftes zwischen den Zeilen gelesen werden soll, nicht Grund hätte, sollte es der Ritterparthei einmal gelingen, wieder gänzlich ans Ruder zu kommen.

Herr v. Bothmer ist aber ein kluger Mann. Um Prinzipien will er nicht streiten — bei menschlichen Einrichtungen, meint er, entscheidet weit weniger ein s. g. Grundprinzip, sofern es nur überall hinsichtlich der Sittlichkeit und Brauchbarkeit eine Berechtigung an sich trägt — und diese werde ja Niemand der Mündlichkeit bestreiten — als die Art der Durchführung desselben.

Herr v. Bothmer will nun zeigen, daß unsere Proceßordnung bei Durchführung des Prinzipes der Mündlichkeit vielfach gefehlt, daß namentlich die auf Beschaffung und Sicherstellung der Grundlagen des Rechtsstreits abzielenden Bestimmungen unzureichend und unsicher seien.

Wäre dies der Fall, so wäre damit das Gegentheil dessen dargethan, was ich bezeugen will, es wäre nahezu die Unbrauchbarkeit der Proceß-Ordnung bewiesen und

anstatt ich dieselbe alle den Staaten, welche bis jetzt noch im Jammer der Processe ohne Ende schweben, zu einer ihren eigenen Verhältnissen angemessenen Nachahmung empfehlen möchte, müßte man vor jeder Nachahmung warnen.

Sofern sich die v. Bothmer'sche Polemik daher mit den leitenden Grundsätzen und deren Durchführung beschäftigt, und nicht etwa Einzelnheiten zum Vorwurf nimmt, die allerdings hie und da der Verbesserung bedürften, wird es zunächst meine Aufgabe sein, dieselbe zu widerlegen.

Herr v. Bothmer argumentirt nun aber §. 2 also: „Das Wesen der Mündlichkeit beruht darin, daß diejenige Proceßverhandlung, auf welche die Entscheidung zu bauen, unmittelbar vor dem Gerichte sich ereigne, oder doch, insofern dieses unthunlich, demselben den Resultaten nach im Beisein und unter gestatteter Mitwirkung der Partheien vorgelegt werde. Die letzte Alternative ist schon eine Abweichung vom reinen Grundsatze, aber geboten durch die Unmöglichkeit einer solchen Concentrirung des Processes, wie sie die erste Alternative erheischte."

„Der Zweck der Thätigkeit der Partheien und ihrer Vertreter im Processe ist ein doppelter: das Vorbringen und nöthigenfalls Erweislichmachen der Thatsachen und die Ausführung der Rechtsgründe. Der letztere Theil der Partei-Thätigkeit kann rein der Mündlichkeit zugewiesen werden. Anders verhält es sich mit den thatsächlichen Behauptungen, mit den auf sie sich gründenden Anträgen, mit den für die Richtigkeit der Thatsachen beigebrachten Beweisen. Nur mündlich vor dem Gerichte verhandelt, bedürfen sie in Hinblick auf spätere Poceßstadien nicht minder zum Behuf richtiger Auslegung und Anwendung des Urtheils bei später etwa sich erneuernden Streitigkeiten jedenfalls der nachfolgenden Feststellung durch Schrift. Ueberdem würde vielleicht in der Mehrzahl der Fälle die mündliche Verhandlung unmöglich sein, sobald die Partheien in Ungewißheit sich befänden, was je von der an-

dern Seite werde behauptet oder beantragt werden. Es bedarf daher einer, das mündliche Verfahren vorbereitenden Verhandlung unter den Partheien, und diese kann in Hinblick theils auf die Leichtigkeit der Mittheilung, theils auf die Nothwendigkeit, jeden Zweifel darüber abzuschneiden, ob die Mittheilung stattgefunden und was sie enthalten habe, nur eine schriftliche sein."

„Bei Abfassung der Proceßordnung sind diese oder ähnliche Anschauungen leitend gewesen. Sie verordnet ein schriftliches Vorverfahren als Grundlage der mündlichen Verhandlung und daneben die schriftliche Feststellung behaupteter Thatsachen und gestellter Anträge. Geleitet aber durch das Bestreben, dem Grundsatze reiner Mündlichkeit die vorwiegende Geltung zu verschaffen, sind die getroffenen Bestimmungen unsicher und unzureichend; sie müssen in der Anwendung erhebliche Uebelstände herbeiführen. Wir haben hier das Verfahren vor den Obergerichten und in der Berufungs-Instanz vor Augen. Das Verfahren vor den Amtsgerichten ist anders geregelt, und es kommt bei ihnen schon der Natur der Sache nach die Mündlichkeit nur der Form nach in Betracht, weil vor dem Einzelrichter eine jede Verhandlung von selbst unmittelbar geschieht."

Nach einer Erörterung des Inhalts der §§. 92—97, 101 und 102, 357 und 360 faßt Herr v. Bothmer die hier in Frage kommenden Bestimmungen also zusammen:

1) „Der Rechtsstreit wird mündlich, auf Grundlage schriftlicher Parteianträge verhandelt, welche die mündliche Verhandlung vorbereiten (§. 92).

2) „Jene schriftlichen Anträge aber sind nicht vollgültig; sie liefern nicht den Beweis, daß die Parteien die in ihnen enthaltenen Behauptungen und nur sie vorgebracht, die in ihnen enthaltenen Geständnisse abgelegt haben. Der Richter hat vielmehr seine Entscheidung auf das zu bauen, was ihm mündlich vorgetragen wird; den Partheien ist das Abgehen von den Anträgen —

es bestehe im Zusetzen, im Weglassen, im Abändern — völlig unbenommen, insoweit nicht in einzelnen Fällen beschränkende Vorschriften entgegenstehen.

3) „Das Factum und die Anträge (Gesuche) werden rechtsgültig fixirt durch das Sitzungs-Protocoll und durch die Darstellung des Thatbestandes im Urtheile", und kömmt zu dem Resultate, daß diese Vorschriften nicht anders als im hohen Grade gefährlich für die Rechtspflege bezeichnet werden müßten."

Es wird nöthig sein, daß ich die Deduction die zu diesem Schlußsatze führt, mit den eigenen Worten wiedergebe:

„Ein fester status causae ist die unerläßliche Grundlage jeder richterlichen Entscheidung. Es ist bei irgend verwickelten oder auch nur weitläuftigen Verhältnissen mit unendlich größerer Sicherheit auf schriftlich abgegebene Erklärungen, wie auf das nur mündlich gesprochene Wort zu bauen. Dies ist ganz besonders da der Fall, wo eine Mehrzahl richterlicher Personen bei dem Urtheile mitwirkt; denn Auffassung und Erinnerung sind sehr leicht verschieden. Es ist noch mehr der Fall, wenn das Urtheil nicht sofort nach der Verhandlung festgestellt und abgefaßt werden kann, wie das sehr vielfach sich ereignet und ereignen muß. So kann denn der Grundsatz:

es seien die mündlichen Partheivorträge als Grundlage der richterlichen Entscheidung in thatsächlicher Hinsicht zu betrachten,

nicht anders als im hohen Grade gefährlich für die Rechtspflege bezeichnet werden."

Es erklärt sich diese irrige Anschauungsweise nur dadadurch, daß der Herr Staatsrath allen Correctiven, welche die Proceßordnung in dieser Beziehung aufgestellt hat, die Bedeutung bestreitet, oder ihnen nur eine höchst unwesentliche Bedeutung zuerkennt, und um dahin zu gelangen, sind einzelne hauptsächliche Bestimmungen geradezu mißverstanden, andere werden ignorirt.

Abweichungen von dem schriftlichen Vorbringen in der mündlichen Verhandlung, hinsichtlich des Thatbestandes, sind nichts Selteneres; doch kommen dieselben hauptsächlich nur in der ersten Instanz vor, während in der Berufungs-Instanz Abweichungen in den Schlußgesuchen wie in der Stellung derselben häufiger sind.

Diese Abweichungen beruhen in der Regel auf mangelhafter oder unrichtiger Instruction. Denn es würde eine sehr schlechte Proceß-Politik sein, wollte man versuchen, den Gegner durch unrichtige Angaben irre zu führen, diese in der mündlichen Verhandlung zu verbessern, in der Hoffnung, der gegnerische Anwalt übersähe die Abweichungen und dieselben würden dann stillschweigend zugestanden. Ein solches Uebersehen ist nur bei grober Nachlässigkeit möglich. Daher folgt einer solchen Procedur die Strafe immer auf dem Fuße, denn der Gegner wird sich darüber nicht sofort erklären, sondern auf Kosten desjenigen, der mit Abweichungen hervortritt, um einen neuen Termin bitten.

Außer diesen Kosten führen solche Abweichungen aber noch andere Unannehmlichkeiten mit sich; sie werfen auf den Anwalt, der dieselben vorbringt, einen bösen Schein, sie machen die Abfassung eines mehr oder minder weitläuftigen Sitzungsprotocolles nothwendig, welches das Gericht wie die Anwälte ermüdet, den Secretair unnöthig belästigt. Aus diesen Gründen werden die Anwälte schon von selbst dahin streben, daß Abweichungen so selten wie möglich vorkommen, sie werden sich bei Uebernahme einer Sache so vollständig wie möglich instruiren.

Die Anwälte werden freilich erklären, daß es Ihnen nicht selten mit dem besten Willen unmöglich sei, sich genügend zu instruiren, daß abgesehen von den Fällen, wo sie eine oft mangelhaft aufgenommene schriftliche Instruction zugesendet bekommen und die Parthei vielleicht erst wenige Stunden vor dem Termine selbst sprechen, die Partheien aus Einfalt und Dummheit relevante That-

umstände, auf die man nachzufragen von selbst keine Veranlassung hat, gänzlich verschweigen, oder daß sie dies thun, weil sie sich auf ihre Weise eine Rechtsansicht gebildet haben und nun nur Thatsachen referiren, die zu dieser Ansicht passen, oder weil sie die eben so verkehrte als ihnen nachtheilige Maxime befolgen, nur das ihnen Günstige zu erzählen.

Die Fälle, wo die Partheien den Rechtsanwalt förmlich belügen, kommen im Strafverfahren viel häufiger vor als bei bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten; sie kommen aber auch vor.

Wie schwierig die Instruction häufig ist, davon haben Richter, die Advocatur-Geschäfte nicht betrieben haben, selten eine richtige Vorstellung, und werfen daher öfter auf den Anwalt die Schuld, welche lediglich auf die Parthei fällt. Ich könnte mancherlei Beispiele aus eigener Erfahrung anführen, begnüge mich aber mit dem jüngst mir von einem Collegen Mitgetheilten. Ein noch jugendliches Frauenzimmer kam zu einem Anwalte in Hannover und bat denselben unter vielen Thränen, auf Vollziehung der Ehe gegen X klagbar zu werden. X habe ihr die Ehe versprochen, sie geschwängert, sich jetzt aber mit einer Andern verlobt und sich schon aufbieten lassen. Sie habe durch vorläufige Einsprache bei dem Prediger das weitere Aufgebot gehindert, dieser habe ihr aber aufgegeben, klagbar zu werden.

Es war zweifelhaft, ob alle Förmlichkeiten, welche bestimmte Provinzialgesetze zur Gültigkeit einer Verlobung erfordern, beobachtet seien; auch schien die Sache so zu liegen, daß eine Geldabfindung vielleicht hinreichte, weßhalb der Anwalt den Beklagten zu sich beschied, um mit demselben außergerichtlich zu verhandeln. Wie sehr erstaunte derselbe, als Beklagter erklärte, er könne Klägerin mit dem besten Willen nicht heirathen, da sie schon einen Mann habe.

Der Anwalt ließ nun die Klägerin kommen. Das Fact war richtig, nur war der Mann der Klägerin seit

drei Jahren nach Amerika gegangen, weßhalb sie sich für berechtigt hielt, anderweit zu heirathen.

In einzelnen Fällen lernt der Anwalt die wahre Sachlage erst kennen, nachdem Beklagter seine Gegenanträge verhandelt hat, und sind mitunter die Abweichungen so groß, daß eine gänzlich neue Klagbegründung nöthig ist.

Kurz, Abänderungen an den schriftlichen Klaganträgen werden sich nie ganz vermeiden lassen, obgleich jeder Anwalt bemüht sein wird, von denselben so wenig als möglich Gebrauch zu machen.

Die Abweichungen werden entweder also beschaffen sein, daß in den Hauptpunkten von den schriftlichen Vorträgen abgewichen ist, das sind die selteneren Fälle, oder so, daß die Abweichungen einen oder den andern Punkt betreffen.

Für alle diese Fälle hat aber die Proceßordnung hinreichend gesorgt; für Fälle der ersten Art durch die Vorschrift des §. 102, welcher dem Vorsitzenden des Gerichts die Befugniß beilegt: durch nachträgliches schriftliches Vorbringen wesentliche thatsächliche Abweichungen feststellen zu lassen, für Fälle der zweiten Art dadurch, daß die Abweichungen in das Sitzungsprotocoll aufgenommen werden.

Was das nachträgliche schriftliche Vorbringen anlangt, so wird sich die Sache aber nicht also gestalten, wie Herr v. Bothmer S. 9 in der Anmerkung meint, was allerdings eine sehr unnütze Weitläuftigkeit herbeiführte, sondern sie macht sich praktisch auf folgende höchst einfache Weise:

Klägerischer Anwalt, welcher in die Lage kommt, in wesentlichen thatsächlichen Punkten von seinen schriftlichen Klaganträgen abweichen zu müssen, läßt diese Abweichungen vorher doppelt niederschreiben, wobei es in seiner Hand steht, für eine gehörige Einfügung in die schriftlichen Klaganträge Sorge zu tragen.

Er theilt eine Abschrift dieser Abweichungen dem gegnerischen Anwalte im Termine mit und fragt ihn, ob er sich darauf erklären könne und wolle.

Es kommt nicht selten vor, daß der beklagtische Anwalt besser instruirt war als klägerischer, und daß er auf diese Abweichungen schon vollkommen vorbereitet ist. Dies wird namentlich dann der Fall sein, wo der klägerische Anwalt erst durch die Gegenanträge aufmerksam gemacht ist, daß in seiner Instruction dies oder jenes nachzuholen sei.

Kann sich beklagtischer Anwalt erklären, so wird er zweifellos gern dazu bereit sein, da er, im Fall die Sache im ersten Termine bis zum Beweisinterlocute verhandelt wird, er 1½ der Gebühren, im Fall sie bis zu einer endlichen Entscheidung verhandelt wird, er das Doppelte der Gebühren bezieht, wogegen in dem Falle, wo gleichsam die Jungfernschaft verloren gegangen dadurch, daß von irgend welcher Seite, um einem neuen Termin gebeten wird, nur die einfache Terminsgebühr eintritt.

Kann und will sich der Beklagte auf die Abweichungen erklären, so verhandelt der Kläger, bemerkt dann aber im Anfange seines Vortrages, um Präsidenten und Protocollführer die Sache zu erleichtern, daß er in einigen Punkten von seinen schriftlichen Anträgen abweichen müsse und deßhalb die Erlaubniß des Präsidenten nachsuchen werde, diese Abweichungen durch nachträgliches schriftliches Vorbringen zum Sitzungsprotocoll festsetzen zu lassen, oder er verliest gleich die Abweichungen, überreicht dieselben und bittet den Vorsitzenden, zu verfügen, daß dieselben zu Protocoll genommen werden.

Erklärt der beklagtische Anwalt dagegen, auf die Abweichungen nicht vorbereitet zu sein, so verhandelt der Kläger gar nicht zur Hauptsache. Er entschuldigt den Umstand der Abweichung, unter kurzer Angabe der Abweichungen, und richtet an den Präsidenten die Bitte, diese Abweichungen durch nachträgliches schriftliches Vorbringen feststellen zu lassen, zu welchem Zwecke er den

Nachtrag überreicht, und stellt zugleich den Antrag, auf seine Kosten anderweitigen Termin zur Verhandlung der Hauptsache anzuberaumen.

Sind dann die Abweichungen so bedeutend, daß sie eine neue Gegenerklärung nöthig machen, so überreicht auch Beklagter vor dem eingesetzten Termine einen schriftlichen Nachtrag zu den Gegenanträgen.

Auf gleiche Weise verfährt der Beklagte, wenn er in thatsächlicher Beziehung von seinen Gegenanträgen wesentlich abweicht.

Schlägt Kläger oder Beklagter diesen einfachen Weg nicht von selbst ein, so hat der Vorsitzende das Recht, die Verhandlungen, welche sich abweichend von den schriftlichen Anträgen bewegen, zu unterbrechen und nachträgliches schriftliches Vorbringen anzuordnen, und er wird von dieser Befugniß um so sicherer Gebrauch machen, wenn andere Sachen in derselben Audienz noch zu erledigen sind.

Es ist, wenn auf diese Weise durch Präsidialverfügung ein nachträgliches schriftliches Vorbringen angeordnet wird, auch durchaus nicht nöthig, daß der Gegner nun erst noch darüber gehört werde, ob dasselbe mit dem mündlichen Vortrage conform sei, da der mündliche Vortrag ja in dem anzusetzenden neuen Termine noch einmal wiederholt werden muß, und es nicht wohl auf den im ersten Termine gehaltenen Vortrag ankommt, sei dieser vom Vorsitzenden unterbrochen oder bis zu Ende geführt.

Es wird für Jeden, der diese Verfahrungsart unbefangen prüft, zweifellos sein, daß der Thatbestand auf diese Weise vollkommen hinreichend festgestellt werde, so daß die Vorschrift oder vielmehr das der gesammten Proceßordnung zu Grunde liegende Prinzip:

> daß die mündlichen Parteiverträge als Grundlage der richterlichen Entscheidung in thatsächlicher Hinsicht zu betrachten seien,

in keiner Maaße die Rechtssicherheit gefährdet.

Für Abweichungen, welche nur einzelne Punkte betreffen, reicht aber die andere Vorschrift des §. 102 aus, wonach der Vorsitzende verpflichtet ist:

> Auf Antrag der Parthei, der Gegenparthei, der beisitzenden Richter wesentliche Abweichungen des mündlichen Vortrags von dem schriftlichen Vorbringen durch das Protocoll feststellen zu lassen,

wie er solches denn auch natürlich aus eigenem Antriebe „selbst von Amtswegen" thun lassen kann.

Es sind vier Personen, welche vorzugsweise ihre Aufmerksamkeit darauf richten, ob Abweichungen vom schriftlichen Vorbringen in der mündlichen Verhandlung vorkommen; das ist zunächst der Präsident, der die Anträge durchgelesen und sich eingeprägt hat, außerdem dieselben vor sich liegen hat, also jeden Augenblick vergleichen kann. Das ist ferner der vom Vorsitzenden im Voraus bestimmte Referent, dem die Acten vorher mitgetheilt sind. Endlich sind dies die beiden Anwälte.

Auf die beisitzenden Richter, welche die schriftlichen Eingaben nicht kennen, ist wenig zu geben, wie ich gerne zugestehen will.

Ein guter Präsident (und man muß es unserer Regierung zum Lobe nachsagen, daß sie bei Auswahl der Präsidenten und Vicepräsidenten höchst umsichtsvoll verfahren ist und überall die richtigen Leute zu treffen gewußt hat), wird die geringste wesentliche Abweichung vom schriftlichen Vorbringen merken. Er macht sich Bleistiftnotizen, und nach beendigtem Vortrage macht er den Secretair auf diese Abweichungen aufmerksam, dictirt sie wo nöthig zu Protocoll. Sind ihm Zweifel aufgestoßen, ist etwas dunkel geblieben oder der Vortrag vielleicht gar absichtlich auf Schrauben gestellt, so macht er von dem ihm nach §. 111 zustehenden Fragerechte Gebrauch und nöthigt die Partheien zu bestimmten Erklärungen, bestimmter und präciser als sie im schriftlichen Verfahren je zu erzielen waren.

Durch das zu Protocollnehmen der Abweichungen werden nun auch diejenigen Richter, welche die Schriften gar nicht kennen, aufmerksam gemacht, vielleicht zu der einen oder andern Frage, welche den Sachverhalt in ein klares Licht stellen, veranlaßt.

Es ist mir in meiner Praxis wenigstens schon häufig vorgekommen, das eben von Seiten eines beisitzenden Richters eine Frage gethan wurde, welche eine bis dahin nicht beleuchtete Seite der Sache hervorhob und mit einem Schlage feststellte.

Die Partheien, d. h. die Anwälte, wenn sie aufmerksam sind (und das müssen sie sein), werden gleichfalls auf sichernde Feststellung der Abweichungen dringen, mögen diese von ihnen selbst, mögen sie vom Gegner abgegeben sein.

Solche abweichende Erklärungen sind oder sollen doch wenigstens immer zum Vortheil einer Parthei sein. Angenommen daher auch, diejenige Parthei, der solche Abweichungen zum Nachtheil gereichen könnten, dränge nicht auf sichernde Feststellung zu Protocoll, so wird es doch die Parthei thun, von welcher sie ausgehen.

Der Anwalt dieser Parthei wird um so sicherer auf Niederschreibung dringen, falls der Präsident (was mir indeß in einer zweijährigen Praxis noch nie vorgekommen ist) und das Gericht dieselben übersehen hätten, je mehr Gewicht er darauf legt; er wird dies um so weniger vergessen, als er sich vorsichtiger Weise auf dem Originale seiner schriftlichen Anträge die Abweichungen genau niedergeschrieben hat, um die etwaige Fassung zu Protocoll bestimmt präcisiren zu können.

Der Gesichtspunkt, von welchem Herr v. Bothmer ausgeht, wenn er dies Mittel als ungenügend darstellt: daß man die Aufmerksamkeit des Gegners auf solche Abänderungen nicht hingelenkt zu sehen wünsche, wenn auch nur, um den Antrag auf Ansetzung eines neuen Termins und Verurtheilung in die Kosten zu vermeiden, ist ein solcher,

der bei einem gewissenhaften Anwalte nie vorkommen wird, und der jedenfalls niemals die Norm abgibt, sondern höchstens in Ausnahmsfällen vorkommen kann.

Denn ist die Aenderung so unwesentlich, daß ich hoffe, mein Gegner, der Präsident, die beisitzenden Richter merken nichts davon, so müßte es doch sonderbar zugehen, wenn diese Abweichung nun bei der richterlichen Auffassung oder Beurtheilung der Sache eine Hauptrolle spielen sollte. Ist die Abweichung so unbedeutend, daß der Anwalt nicht einmal die Kosten eines neuen Termins daran wagen will, so wird sich derselbe schwerlich auch dem Richter einprägen.

Es ist wahr, das Sitzungsprotocoll liefert nur Stückwerk oder gar Flickwerk, indem es entweder gar nichts — die schon in dem Formular aufgenommene Phrase, „und verhandelten Partheien in Gemäßheit ihrer schriftlichen Anträge" — oder nur Ergänzungen, Erläuterungen, Abänderungen, Zusätze, oft in bunter Reihenfolge, wie die Freiheit des mündlichen Vertrags solche gestatten, enthält, so daß die Uebersicht durch das Sitzungsprotocoll, nicht erleichtert wird, sondern in der Regel erschwert. Es ist dem gewandtesten Protocollführer, wozu bei den Sitzungen des großen Senats unseres Obergerichts regelmäßig Auditoren benutzt werden, häufig unmöglich, solche Aenderungen richtig einzufügen, und ist es Sache vorzüglich der Partheien bei der Vorlesung des Protocolls, die im Fall der Abänderungen geschehen muß, darauf zu achten, daß Alles so gut als möglich eingefügt werde.

Ich bin jedoch der Ansicht, daß mit der Zeit Abweichungen von den schriftlichen Anträgen immer seltener werden, so daß die Ausnahmsfälle, welche dadurch entstehen, nimmer mehr benutzt werden dürfen, um das Prinzip einer streng und consequent durchgeführten Mündlichkeit zu verdächtigen.

Aus den von mir bisher angeführten Gründen geht aber zur Genüge hervor, daß es durchaus unrichtig ist,

wenn Herr Staatsrath v. Bothmer S. 11 des ersten Heftes seiner Fragmente sagt:

„man darf daher von den Sitzungs-Protocollen nicht erwarten, daß sie mit Zuverlässigkeit eine vollständige Darstellung der in den mündlichen Verhandlungen vorgekommenen Abweichungen und Zusätze von und zu den schriftlichen Anträgen liefern werden",

im Gegentheil, wenn Präsident und Anwälte ihre Pflicht thun, müssen die Sitzungs-Protocolle alle Abweichungen nothwendig enthalten, und zwar richtig eingefügt, oder doch in richtiger Verbindung. —

Zu den früher schon angeführten Gründen kommt nun noch, daß, im Fall der mündliche Vortrag Abweichungen nicht zu enthalten scheint, der Präsident sich in der Regel darüber äußert und der Parthei Gelegenheit zu Rückäußerungen gibt. — Ich habe im Vortrage wesentliche Abweichungen von dem Schriftsatze nicht bemerkt, halte daher nicht für nöthig, daß etwas zu Protocoll genommen wird; im Fall der Kläger (bez. Beklagter) daher keine Bemerkung zu machen hat, gebe ich dem Gegner das Wort; so oder ähnlich wird sich der Präsident regelmäßig äußern, wenn ihm Abweichungen nicht vorgekommen zu sein scheinen oder Zusätze nicht gemacht sind.

Haben die Partheien dazu geschwiegen, oder schweigen sie, wenn die Verhandlung beendet ist und der Präsident Aenderungen oder Zusätze nicht zu Protocoll nehmen läßt, eine Vorlesung desselben daher auch nicht verfügt, so erhält das schriftliche Vorbringen nunmehr eine gänzlich andere Bedeutung als es vorher hatte.

Vor und während der Verhandlung war dasselbe nur vorbereitend, es konnte bis auf den letzten Augenblick in thatsächlicher Beziehung geändert, ergänzt, verbessert werden. Nach dem Schlusse der Verhandlungen steht dasselbe aber als schriftliche Basis des thatsächlichen Inhalts des ganzen Streits fest. Das Sitzungsprotocoll, das in diesem Fall nur lautet:

„verhandelten in Gemäßheit ihrer schriftlichen Anträge" gibt den Schriftsätzen eine solche Bedeutung, daß der Richter in allen thatsächlichen Beziehungen nicht nur unbedingt auf dieses schriftliche Vorbringen fußen kann, sondern sogar im Zweifel sich daran halten muß. Ja würde er davon abgehen und Thatsachen in die Darstellung des Thatbestandes im Urtheile aufnehmen, welche weder in den schriftlichen Anträgen, noch im Sitzungs-Protocolle erwähnt sind, so hätte die Parthei, welcher diese Thatsachen nachtheilig, das Recht, auf deren Berichtigung anzutragen, indem der §. 357 lautet:

die Darstellung des Thatbestandes im Urtheile liefert über das mündliche Vorbringen der Partheien vollen, nur durch das Sitzungsprotocoll zu entkräftenden Beweis.

Diesen Gesichtspunkt nun hat Herr v. Bothmer gänzlich übersehen, oder es beliebt ihn, denselben zu ignoriren.

Vielleicht wäre es zweckmäßig gewesen, ausdrücklich auszusprechen, daß, wenn das Sitzungsprotocoll Abweichungen und Zusätze nicht erwähne, die schriftlichen Anträge als Grundlage der Darstellung des Thatbestandes dem Urtheile dienen solle. Es versteht sich dies aber meiner Meinung nach ganz von selbst, und geht außerdem auch klar aus den Reg. Motiven zum Gesetzentwurfe hervor, in welchen den Schriftsätzen eine gedoppelte Bedeutung zugeschrieben wird, einmal Verhandlungen vorzubereiten, sodann aber das Ergebniß derselben äußerlich zu fixiren.

Es beruht daher nur auf Einbildung, wenn Herr v. Bothmer die kühne Behauptung wagt, die erste Grundlage des Processes, genaue Ermittelung und sorgfältige Fixirung des Thatbestandes, sei durch Mündlichkeit, wie sie unser Gesetz anordne, gefährdet.

Die Proceßordnung gestattet außerdem aber noch zweierlei Aushülfen, ein s. g. vorbereitendes schriftliches

Verfahren bis zur Duplik (§§. 207—214), bei welchem die Schriftsätze die Bedeutung behalten, durch außergerichtliche Vorverhandlungen die mündliche Verhandlung vorzubereiten und deren Gang zu beschleunigen, und hinterher mit Hülfe des Sitzungsprotocolls als Material zu dienen, wodurch der Thatbestand, wie er in den mündlichen Verhandlungen vorgetragen ist, zu fixiren — ein Verfahren, was sich von dem regelmäßigen schriftlichen Vorverfahren nur dadurch unterscheidet, daß in jenem nur Gegenanträge verhandelt werden, in diesem bis zur Duplik oder Triplik verhandelt wird — und in Sachen von außergewöhnlicher Ausdehnung und Verwicklung ein schriftliches Verfahren mit mündlicher Schlußverhandlung (§§. 460—477).

Hier haben die Schriftsätze nicht die Bedeutung vorbereitender Acte, sondern sie sollen den Rechtsstreit thatsächlich feststellen und bestimmen.

Es kann dies Verfahren auf Antrag der Partheien, wie von Amtswegen, angeordnet werden, der Schriftwechsel geht dabei unter Leitung eines Richtercommissarius vor sich und wird Nichtinnehaltung der Frist auf Antrag von der Ungehorsamsstrafe des Ausschlusses getroffen, gegen welchen Einspruch zuläßig ist. Bleibt in dem zur mündlichen Schlußverhandlung bestimmten Termine die eine oder die andere Parthei aus, so wird auf Grund des Inhalts der Acten, unter Berücksichtigung des Vorbringens der erschienenen Parthei verfahren und das gesprochene Urtheil nicht als Ungehorsamsurtheil angesehen (es unterliegt dem Einspruche nicht, wohl aber der Berufung).

Im mündlichen Schlußtermine erstattet ein Richtercommissair über den Rechtsstreitvortrag, wie er in thatsächlicher Beziehung durch die Schriftsätze festgestellt ist. Neues thatsächliches Vorbringen, insbesondere das Vorschützen neuer Einreden, das Nachholen von Beweisen ist unzuläßig und nur durch das Rechtsmittel der Wieder-

einsetzung zu erlangen. Dem Gericht wie dem Richtercommissair steht aber Fragestellung frei. Die mündliche Schlußverhandlung hat dabei die Bedeutung einer Erörterung, lediglich der rechtlichen Gesichtspuncte der Sache, und erfolgt das Urtheil auf Grundlage der gewechselten Schriften.

Dies außerordentliche Verfahren ist geeignet, in allen weitläuftigen Fällen, namentlich in allen Fällen, wo objective Klagencumulation in größerem Maaßstabe stattfindet, bei Moniturverfahren, bei weitläuftigen Liquidationen in Concursen, bei complicirten Beweisinstanzen rc. allen denjenigen Uebelständen abzuhelfen, welche irgend möglicher Weise von der vorwaltenden Mündlichkeit besorgt werden kann.

Die Reg. Motive zum Gesetz haben vollkommen Recht, wenn sie hervorheben, daß der größte Theil der Rechtsstreitigkeiten so einfacher Natur sei, daß er durch die Anträge des Klägers und die Gegenanträge des Beklagten genügend vorbereitet zur mündlichen Verhandlung gelange und in dieser die erforderliche Aufklärung finde, und daß die Reihe von Fällen nur sehr gering ist, welche wegen außergewöhnlicher Verwicklung der thatsächlichen Verhältnisse bez. des Beweises nicht geeignet erscheinen, durch die mündliche Verhandlung genügend aufgeklärt zu werden.

Bei dem kleinen Senate des Obergerichts zu Nienburg ist seit dem 1. Oct. 1852 bis Mitte Juli 1853 in einem einzigen Falle, im großen Senat dagegen nur in drei Fällen dies außerordentliche schriftliche Verfahren angeordnet. Mehrfach ist der Antrag auf Anordnung dieses Verfahrens bei letzterem von den Partheien gestellt, aber vom Gerichte abgeschlagen; in solchen Fällen ist jedoch regelmäßig ein Antrag auf das schriftliche Vorverfahren nach §. 207 stattgegeben. Dagegen ist mir in meiner Praxis auch ein Fall vorgekommen, wo, nachdem das vorbereitende schriftliche Verfahren bis zur Duplik

in der Wiederklage stattgefunden hatte, in dem zur Verhandlung angesetzten Termine, nachdem über die Präjudizialfrage, ob die Klage in angebrachter Maaßen abzuweisen, verhandelt und erkannt war, das Gericht von Amtswegen das schriftliche Verfahren mit mündlicher Schlußverhandlung anordnete. Aber auch dabei fand eine gewisse Freiheit der Behandlung statt. Den Partheien ward freigelassen, sich lediglich auf die schon gewechselten Schriftsätze zu beziehen, diesen dadurch den Character von Schriften nach dem Verfahren des §. 460 zu verleihen, damit die Thatsachen vor den Schlußverhandlungen nicht mehr in der Luft ständen, sondern unwiderrufbar seien, beziehungsweise dieselben zu ergänzen.

Nachdem letzteres geschehen war, forderte der Rechtscommissarius noch bestimmte Erklärungen über 52 verschiedene Fragen. Es war dazu Termin anberaumt, aber der Vereinfachung wegen reichten beide Partheien diese Erklärungen schriftlich ein und verhandelten dann schriftliche Gegen- und Schlußerklärungen. Erst nachdem das Verfahren auf diese Weise vorbereitet war, fand die mündliche Schlußverhandlung statt, bei der über 100 Monita zu 15 Vormundschaftsrechnungen in mehreren Terminen erledigt wurden. „Soviel kann mit den Regier. Motiven unbedingt angenommen werden, daß dies schriftliche Verfahren mit mündlicher Schlußverhandlung dem im code de procédure über die Instruction par écrit angeordnetem, so wie den Vorschriften des Genfer Gesetzes, vorzuziehen sind, welches nur anordnet, daß die Partheien die Schriftsätze und Beweisstücke auf der Gerichtsschreiberei niederlegen, worauf diese lediglich bei den Richtern, denen das Lesen derselben zur Pflicht gemacht ist, circuliren und ohne weiteren mündlichen Vortrag der Partheien ein Urtheil gefällt wird.

Man kann auch in den verwickeltsten Fällen mit dem gewöhnlichen schriftlichen Vorverfahren auskommen, unter der einen Voraussetzung, daß man das, was man

bei den schriftlichem Verfahren nach §. 460 nicht kann, bei der mündlichen Verhandlung nicht thut, nämlich von den schriftlichen Voranträgen abweichen.

In meiner Praxis ist es wenigstens schon vorgekommen, daß eine thatsächlich sehr complicirte Beweisinstanz ganz in Gemäßheit des gewöhnlichen Verfahrens instruirt ist, obwohl gewiß Veranlassung vorhanden gewesen wäre, das schriftliche Verfahren anzuordnen. Ein Bruder hatte nämlich dem andern seine Bürgerstelle gegen gewisse zu leistende Prästationen und Uebernahme von Schulden abgetreten. Nachdem er diese Stelle vier Jahre bewirthschaftet, wurde das Geschäft wegen Mangels der gerichtlichen Anmeldung für ungültig erklärt, der Besitzer zur Herausgabe mit Früchten verurtheilt, der Kläger sollte dagegen die Verwendungen erstatten. Da der Besitzer nun hypothecarische wie andere Schulden getilgt, Zinsen bezahlt, einen Neubau vollendet, viele Meliorationen gemacht hatte, hiezu noch die vielerlei Verwendungen kamen, welche nöthig waren, um zu den Begriff Früchte zu gelangen, — Gegner alle diese Verwendungen in Abrede genommen hatte, so war eine Beweisinstanz von nahe an siebenzig einzelnen Posten durchzumachen, und kamen alle nur gestattete Beweismittel, theils einzeln, theils in ihrer Combination vor.

Es liegt bei Beweisen nun aber in der Natur der Sache, daß hier die Instruction des Sachführers so genau ist, daß in den mündlichen Verhandlungen wenig oder nichts geändert wird; ja die mündliche Verhandlung tritt bei der Beweisantretung meistens so sehr in den Hintergrund, daß weniger ein freier Vortrag, als ein Ablesen stattfindet, was namentlich durch eine unpassende Vorschrift über Normirung der deferirten und referirten eventuellen Eide beinah geboten wird (vgl. v. Düring in Magaz. für Hannov. Recht, Band IV. Heft 2 S. 361), und in der Voraussetzung, daß Abweichungen nicht vorkommen würden, wagte man es darauf hin, und die

Sache ging gut. Hätte indeß eine oder die andere Parthei von ihren schriftlichen Anträgen und Erklärungen bedeutend abweichen wollen, so wäre nicht nur eine höchst unerquickliche und langwierige Verhandlung eingetreten, mit einer sehr schwierigen Protocollführung, sondern das Verfahren hätte sich auch in die Länge gezogen, weshalb ich es doch für angemessener halte, in allen solchen verwickelteren Sachen das schriftliche Verfahren förmlich anzuordnen.

Das schriftliche Vorverfahren, welches die §§. 207 bis 214 anordnen, halte ich für so überflüssig nicht als es mein Freund Hirsch in der Anl. II. thut. Es eignet sich recht gut da, wo eins oder wenige Rechtsverhältnisse thatsächlich verwickelt sind, oder wo der Kern des Processes in der Replik beruht. Denn lassen sich Repliken in mündlichen Vortrag ohne allen Nachtheil auch anticipiren, so möchte dies bei schriftlichen Anträgen doch nicht immer passend und ohne Nachtheil für Kläger sein.

Freilich setzt dies bis zur Duplik ausgedehnte schriftliche Vorverfahren stillschweigend voraus, daß nun in den mündlichen Verhandlungen keine sehr erheblichen Abweichungen von den vorgetragenen Thatsachen stattfinden, sondern daß das, was, obwohl in den Schriften vorgetragen, bisher in der Luft stand, nun festgestellt und fixirt werde, dadurch, daß das Sitzungs-Protocoll von Abweichungen nichts berichtet. Es wird dies aber auch bis auf höchst seltene Ausnahmsfälle von selbst sich so machen. Denn nachdem der Beklagte seine Vernehmlassung, Kläger etwaige Repliken verhandelt hat, muß jeder Anwalt im Stande sein, sich so genügend zu instruiren, daß in Replik und Duplik alles Thatsächliche so vorgetragen wird, daß spätere Aenderungen nicht mehr nöthig sind. Ein Anwalt, der anders verführe, würde sich dem Gericht, seinem Gegenanwalte gegenüber blamiren; er würde den Schein der Chikane auf sich laden oder den eben so schlimmen, daß er nicht im Stande sei, sich gehörig zu instruiren,

er würde seiner Parthei die Kosten eines neuen Termins aufbürden und bei der Oeffentlichkeit des Verfahrens seinem Rufe sehr schaden.

Jedenfalls ist durch die Erweiterung des regelmäßigen schriftlichen Vorverfahrens nach Vorschriften der §§. 207 ff., so wie durch das diesem eigentlich entgegengesetzte rein schriftliche Verfahren mit mündlicher Schlußverhandlung §. 460 für alle Rechtsstreitigkeiten, die dies bedürfen sollten, die untadelhafteste Gelegenheit gegeben, auch die verwickeltesten thatsächlichen Verhältnisse gehörig aufzuklären und die Thatsachen zu fixiren.

Wollte man, wie Herr v. Bothmer es will, das schriftliche Verfahren mit mündlicher Schlußverhandlung zur Regel machen, so würden alle diejenigen Nachtheile die Folge sein, welche die Regierungs-Motive als Vorbemerkung zu den Grundprincipien des Gesetzes schon erwähnen; ein rascher Proceßgang würde gehindert (denn wenn Jemand mit der Vernehmlassung, Replik, &c. ausgeschlossen wäre, müßte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand oder Einspruch stattfinden, abgesehen von der Zeit, welche die schriftlichen Verhandlungen schon selbst einnehmen), das gespannte Aufmerksamsein des Richters würde nicht in gleicher Weise bei der mündlichen Schlußverhandlung stattfinden, wie die Partheien selbst in die Verhandlungen nicht diejenige Kraft und das Interesse legen, welche unumgänglich erforderlich sind. Denn wenn man weiß, nicht das gesprochene Wort, sondern das geschriebene ist das entscheidende, wenn man vielleicht gar die Ueberzeugung hat, daß der fertige Urtheilsentwurf in die Sitzung mitgebracht wird und die Richter geneigter sind, dem Referenten zu folgen als selbstständig zu urtheilen, so fehlt das Interesse bei der Verhandlung, fehlt die nothwendige Lebendigkeit.

Kurz „das schriftliche Verfahren mit mündlicher Schlußverhandlung ist nur zu sehr der Gefahr ausgesetzt, rein schriftliches Verfahren zu bleiben, indem das Stück

Mündlichkeit zur nichtssagenden Form herabsinkt, welche die Partheien ermüdet und den Richter langweilt." —

(Fortsetzung im nächsten Hefte).

XVII.

Ueber den neuesten Zustand der Gesetzgebung in Bezug auf den Uebergang des Grundeigenthums und auf das Hypothekensystem, mit Beziehung auf die neuesten Gesetzgebungsarbeiten in Frankreich, Belgien, Preußen, Würtemberg, Kurhessen und Großherzogthum Hessen, Baden und in der Schweiz.

Von

Mittermaier.

(Fortsetzung der Aufsätze Nr. XI. und XIV. im XXXVI. Bd. dieses Archivs.)

Das immer dringender hervortretende Bedürfniß einer gründlichen Verbesserung des Hypothekensystems hat in der neuesten Zeit in verschiedenen Staaten Europa's Gesetzgebungsarbeiten erzeugt, deren Kenntniß unseren Lesern von Bedeutung sein wird.

Wir haben in diesem Archive[1]) von dem Entwurfe, welcher der Nationalversammlung in Frankreich vorgelegt wurde, und von den stattgefundenen Verhandlungen, ebenso von dem neuesten, auf Befehl des Kaisers von dem Staatsrathe bearbeiteten Entwurfe[2]) den wesentlichen Inhalt angegeben. Dieser Entwurf wird in der nächstens zusammentretenden Versammlung des corps legislatif Gegenstand der Berathung werden. Da nach den neuen Einrichtungen in Frankreich die vorgelegten Entwürfe nicht

---

1) Bd. XXXIV. S. 245, XXXIII. S. 460, S. 263, XXX. S. 329.
2) In diesem Archive Bd. XXXVI S. 411.